Die Gefahrtragung beim Werkvertrag.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Walter Bock

aus Spiesen (Saar)

Approbiert am 17. 2. 38.

1938

Buchdruckerei Richard Mayr, Würzburg.

Referent: Univ.-Professor Dr. Kübler

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533908_0127

Inhaltsverzeichnis.

Seite:

I. Teil: Gefahr und Gefahrtragung 1
1. Die Gefahr 1
2. Die Gefahrtragung 2
3. Die Gefahrtragung im Schuldrecht des BGB. 3

II. Teil: Der Werkvertrag im Verhältnis zu verwandten Verträgen und seine Abgrenzung 6
1. Werkvertrag und Dienstvertrag 6
2. Werkvertrag und Auftrag 8
3. Werkvertrag und Kauf 8

III. Teil: Die werkvertraglichen Gefahrtragungsregeln 9
1. Die Grundsatzregelung nach § 644 BGB 9
2. Der Gefahrübergang 11
a) bei abnahmefähigen Werken 11
b) bei nichtabnahmefähigen Werken 15
3. Die Ausnahmefälle von der grundsätzlichen Gefahrtragungsregel 17

IV. Teil: Die Gefahrtragung bei substratverbundenen Werken . . 21
1. Die Annahmeverzugstheorie 21
2. Die Unmöglichkeitstheorie 23
3. Kritik 25

Literaturverzeichnis.

Boer, Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug, Gruch. B. 54 S. 495 ff.
Brandis, Die rechtliche Behandlung des Zufalls bei der Werkverdingung, Diss. Erlangen 1898.
Brütt, Die Kunst der Rechtsanwendung, Berlin 1907.
Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 3. Auflage.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II, Teil 2, Tübingen und Leipzig 1902.
Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte 1897.
Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. 2, Halle 1915.
Dochnahl, Gefahrtragung, Jahrb. d. Dogmatik, Bd. 48.
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1, 23. — 27. Aufl.
Exner, Der Begriff der höheren Gewalt, Grünh. Z. 10, S. 497 ff.
Fischer-Henle, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 10. Auflage 1918.
Goldmann-Lilienthal, Bürgerliches Gesetzbuch, Berlin 1903.
Kisch, Die Wirkung der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung, Jena 1900.
Kisch, Besprechung von Titze, Kr. V. J. Schr. 44.
— Bespr. v. Kleineidam, Grünh. Z. 29.
Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen, Jena 1900.
— Einige Streitfragen aus der Unmöglichkeitslehre, Jherings J. 43, S. 105.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II, Teil 1, Berlin 1906.
— Annahme und Annahmeverzug, Jherings, Jahrb. 17.
— Der Gläubigerverzug, Arch. Bürg. R. 13, Seite 149 ff.
Kress, Lehrbuch des besonderen Schuldrechts, Berlin 1934.
Kronenberger, Die Gefahrtragung beim Werkvertrag, Diss. Breslau 1922.
Krückmann, Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug, Lpz. Z. 1926, S. 9.
— Clausula rebus sic stantibus, Arch. Ziv. Pr. 116, S. 157 ff.
Lotmar, Der Arbeitsvertrag, Bd. 1 und 2, Lpz. 1902 und 1908.
Meyer, Zur Lehre von der Gefahrtragung für die Unmöglichkeit der Leistung beim gegenseitigen Vertrag, Diss. Bonn 1906.
Müller-Erzbach, Arch. Ziv. Pr. 106, S. 422 ff.
Oertmann, Kommentar zum BGB., Recht der Schuldverhältnisse, 3. — 5. Auflage.
— Der Zufall bei der Werkverdingung, Grünh. Z. 24, S. 1 ff.
— Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug, Lpz. Z. 1927, S. 1177 ff.
— Leistungsmöglichkeit und Annahmeverzug, Arch. Ziv. Pr. 116, S. 1 ff.
Opet, Der Bühnenengagementsvertrag, Arch. Ziv. Pr. 86, S. 161 ff.
Philipp, Die Gefahrtragung beim Werkvertrag, Diss. Breslau 1922.
Planck, Kommentar zum BGB. Recht der Schuldverhältnisse, 4. Auflage.
Riezler, Der Werkvertrag nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, Jena 1900.
Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag, Tübingen 1905.
Staudinger, Kommentar zum BGB. 9. Auflage.
Stern, Die Gefahrtragung, Marburger Preisarbeit 1910.
Titze, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Auflage, Berlin 1926.
— Die Unmöglichkeit der Leistung, Lpz. 1900.
— Zur Risikofrage im Arbeitsverhältnis, J.W. 1922, S. 548 ff.
— Besprechung von Kisch, Krit. V.J.Schr. 45 S. 338.
Trautmann, Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug beim Arbeitsvertrag, Gruch. B. 59, S. 434 ff.
Motive zum Entwurf eines BGB.
Protokolle der 2. Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs zum BGB. Bd. 1 u. 2.
Reichsgerichtsräte-Kommentar Bd. 2, Berlin u. Lpz. 1928.

1. Teil.

Gefahr und Gefahrtragung.

1. Die Gefahr.

Der Begriff Gefahr ist in der Rechtswissenschaft, insbesondere auch im BGB., nicht in gleichbleibendem Sinne gebraucht. Einmal tritt er uns entgegen in dem Sinne, wie ihn der Sprachgebrauch des Lebens auffaßt, das andere Mal als ein von der Rechtswissenschaft geformter, rein juristisch technischer Ausdruck.

Nach dem Sprachgebrauch des Lebens bedeutet Gefahr die Möglichkeit des Eintritts eines Schadens überhaupt. Worin der Schaden seine Ursache findet, bleibt dabei völlig unberücksichtigt. Er kann auf ein menschliches Verhalten zurückzuführen sein, er kann aber auch aus einer dem menschlichen Machtbereich vollkommen entrückten Begebenheit herrühren. Er kann sowohl mit als auch gegen den Willen des Betreffenden Rechtsträgers entstehen; er kann verschuldet oder auch unverschuldet sein. Maßgeblich allein ist, daß ein Unfall eintritt, der auf das Vermögen einer Person einwirkt, wodurch dieses eine Veränderung erleidet, sei es, daß es verschlechtert wird oder auch völlig untergeht[1]).

Dagegen versteht man unter Gefahr in rein juristisch-technischem Sinne nur die Möglichkeit einer zufälligen Verschlechterung oder eines zufälligen Unterganges, wobei der Begriff des zufälligen — im Gegensatz zum Sprachgebrauch des Lebens — auch nur rein juristisch zu fassen ist[2]). Denn dieser faßt unter Zufall jegliches Ereignis, das unabhängig von einem menschlichen Willen in die Erscheinung tritt, während der juristische Begriff des Zufalls nur unter Bezug auf ein bestimmtes Schuldverhältnis zu erfassen ist, das rechtliche Beziehungen hinsichtlich des Vertragsgegenstandes zwischen den Parteien begründet. Demgemäß wird auch für die gegenseitigen Verträge im Schuldrecht in § 323 BGB. der Zufall dahingehend bestimmt, daß er ein die einem Teil obliegende Leistung unmöglich machender Umstand ist, den weder er noch der andere Teil zu ver-

---

2) Stern, a. a. O. S. 1 ff.
1) Jahnke, a. a. O. S. 9.

treten hat. Sonach ist der juristisch technische Begriff Gefahr die Möglichkeit der Verschlechterung oder des Unterganges eines Vertragsgegenstandes, herbeigeführt durch einen Umstand, den keine der an dem in Frage stehenden Rechtsverhältnis beteiligten Personen zu vertreten hat[3]).

2. Die Gefahrtragung.

Ganz allgemein betrachtet bedeutet Gefahrtragung, daß schädigende Vorkommnisse, die durch Zufall in die Erscheinung getreten sind, einer bestimmten Person zur Last fallen[4]). Wer dies im einzelnen Falle ist, ergibt sich aus der Sachlage. Am einfachsten ist die Beurteilung dann, wenn sich das Rechtsgut, das einen Schaden erleidet, in der Rechtssphäre lediglich einer Person befindet. Es liegt in der Natur der Dinge, daß dann bloß diese Person den Nachteil beziehungsweise den Schaden zu tragen hat. Personen, die zu der Sache in gar keiner rechtlichen Beziehung stehen, bleiben außer Betracht, auch wenn sie wirtschaftlich noch so sehr an der Erhaltung der Sache interessiert sind[5]). Die Römer pflegten diese Tatsache mit dem bekannten Satz auszudrücken: casum sentit dominus, eine Rechtsregel, die auch im Sachenrecht des BGB. noch ihre volle Geltung hat. Tritt ein schädigendes Ereignis ein, das den Untergang der Sache herbeiführt, so verliert der Eigentümer sein Eigentum. Hat ein Dritter ein dingliches Recht an der Sache, so wird auch er unmittelbar getroffen, sein Recht geht unter.

Diese Fälle fallen indes noch nicht unter den Begriff der Gefahrtragung im eigentlichen, juristischen Sinne. Dieser tritt vielmehr erst auf dem Gebiete des Schuldrechts in Erscheinung, nämlich, wenn die zufällig verschlechterte, beziehungsweise zufällig untergegangene Sache durch den Abschluß eines sie betreffenden obligatorischen Vertrages zum Leistungsgegenstand geworden ist. Hier berührt die Verschlechterung beziehungsweise der Untergang nicht nur die Sache als solche, im Verhältnis zum Eigentümer, sie berührt insbesondere auch die obligatorischen Beziehungen zwischen den

3) Staudinger § 446, I, 2, a; RGRK. § 446, I.
4) Kronenberger, a. a. O. S. 2.
5) Stern a. a. O. S. 4.

Schuldrechtsparteien. Die Einwirkung erstreckt sich sowohl auf die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung, als auch — insbesondere bei gegenseitigen Verträgen — auf die Verpflichtung des Vertragsgegeners zur Bewirkung der vereinbarten Gegenleistung. Hier entsteht die Frage einerseits, ob der Schuldner trotz des zufälligen Unterganges beziehungsweise der Verschlechterung der Sache auf Grund des eingegangenen Schuldverhältnisses weiterhin verpflichtet bleibt und andererseits, ob bei einer eventuellen Gegenleistungspflicht die Gegenleistung zu erbringen ist. Darin liegt das Wesen der Gefahrtragung.

3. Die Gefahrtragung im Schuldrecht des BGB.

Im bürgerlichen Gesetzbuch ist die Gefahrtragung verschieden geregelt, je nachdem es sich um einen einseitigen oder zweiseitigen Vertrag handelt.

Für die einseitigen Schuldverhältnisse bestimmt § 275 BGB. grundsätzlich, daß der Schuldner von der Verpflichtung zur Leistung frei wird, wenn die Leistung nach Entstehung des Schuldverhältnisses durch einen nicht zu vertretenden Umstand unmöglich wird. Das bedeutet, daß der Schuldner unter den gegebenen Voraussetzungen keine vertragliche Verpflichtung mehr hat[6]). Umgekehrt, von Seiten des Gläubigers aus betrachtet, heißt das, daß er für die unmöglich gewordene Leistung keinen Ersatz verlangen kann. Die Folge ist, daß er um den Wert der geschuldeten Sache ärmer ist. Es trägt also der Gläubiger die Gefahr[7]).

Bei gewissen Arten von Schuldverhältnissen wird dieser Grundsatz durchbrochen. So zum Beispiel, wenn der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt ist. Würde der in § 275 BGB. zum Ausdruck gebrachte Grundsatz gelten, so bedeutete das, daß der Gläubiger jeglichen Anspruches verlustig ginge, wenn die zur Leistung geeignete und bestimmte Gattungssache durch Zufall unterginge. § 279 BGB. bestimmt aber das Gegenteil. Danach muß der Schuldner leisten, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist[8]). Hier trägt also der Schuldner die Gefahr.

---

6) So auch im gemeinen Preuß. Land-Recht.
7) Oertmann § 275 BGB. Bem. 1.
8) § 243, II, BGB. bringt keine Ausnahme; es handelt sich dann wieder um

Eine weitere Ausnahme besteht beim Wahlschuldverhältnis. Das Gesetz betrachtet die Möglichkeit der Wahl zwischen mehreren Leistungen nicht als ein so wesentliches Moment, daß im Falle ihrer Beschränkung durch Unmöglichkeit einer der Leistungen, das ganze Schuldverhältnis hinfällig wäre[9]). Hier beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen[10]). Der Schuldner bleibt also weiter zur Leistung verpflichtet[11]). Er trägt demnach auch hier die Gefahr.

Nicht so einfach gestaltet sich die Frage nach der Gefahrtragung bei den gegenseitigen Schuldverhältnissen. Denn hier tritt der Leistung des einen eine Gegenleistung des anderen gegenüber. Beide Vertragsparteien haben sowohl Forderungsrechte als auch Verpflichtungen. Mit anderen Worten, sie sind zugleich Gläubiger und Schuldner.

Hier genügt es daher nicht, bei der Frage nach der Gefahrtragung lediglich die unmittelbar betroffene Leistung im Auge zu behalten und zu fragen, ob der Schuldner dieser Leistung die Gefahr trägt oder der Gläubiger, hier muß vielmehr auch die Gegenleistung in Betracht gezogen werden. Die Frage muß dann dahin gestellt werden, ob der eine Vertragsteil, dessen Leistung unmöglich ist, von dem andern die vereinbarte Gegenleistung verlangen kann.

Gefahr auf Seiten des Schuldners würde hier heißen: er braucht keine Leistung zu erbringen, hat aber auch keinen Anspruch auf die Gegenleistung. Gefahr auf Seiten des Gläubigers würde bedeuten: er hat keinen Anspruch gegen den Schuldner, bleibt seinerseits aber zur Gegenleistung verpflichtet.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat diese Frage in § 323, Abs. 1, erster Halbsatz, dahingehend geregelt, daß der Schuldner seinen Anspruch auf die Gegenleistung verliert, wenn seine Leistung durch Zufall unmöglich wird. Es vertritt sonach den Standpunkt, daß bei

---

eine Schuld des § 275 BGB. Vgl. Oertmann § 243, Bem. 5; Staudinger § 243 Bem. II.

9) Planck § 262, Bem. 1.

10) § 265 BGB. Satz 1.

11) anders im Preuß. Landrecht (I, 11, §§ 33, 37). Hier hatte der Schuldner zwar das Recht aber nicht die Pflicht, das Schuldverhältnis auf die noch vorhandene Leistung fortbestehen zu lassen.

gegenseitigen Verträgen der Schuldner die Gefahr des zufälligen Unterganges der Leistung trägt.

Damit hat sich das bürgerliche Recht von vielen früheren Rechtsauffassungen abgekehrt[12]). Das aber mit Recht und zwar aus der Erwägung heraus, daß es höchst unbillig wäre, wenn bei gegenseitigen Verträgen, denen die Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung wesenseigen ist, der Gläubiger gezwungen wäre, zu leisten, ohne etwas dafür zu erhalten[13]).

12) Sächs. GB. §§ 866 ff., 1013, 1091, Röm. Recht, Gem. Recht: emptoris est periculum.

13) Enneccerus a. a. O. § 269, III, 1; Oertmann § 323, 1.

II. Teil.

Der Werkvertrag im Verhältnis zu verwandten Verträgen und seine Abgrenzung.

Der Werkvertrag fällt seinem Wesen nach unter die entgeltlichen Arbeitsverträge. Darunter sind alle die Verträge zu fassen, in welchen jemand seine Fähigkeit oder Kraft gegen ein Entgelt einem anderen zur Verfügung stellt[14]). Viele von diesen Arbeitsverträgen sind in Spezialgesetzen selbständig behandelt[15]). Die weitaus größere Zahl der aus der Vielgestaltigkeit der Lebensverhältnisse geborenen Arbeitsverträge fallen jedoch unter die Normen des BGB. Eine einheitliche allgemeine Regelung des Arbeitsvertrages ist hier allerdings nicht getroffen. Vielmehr sind verschiedene Vertragstypen aufgestellt. Die Abgrenzung, welcher Vertragstyp für den einzelnen Arbeitsvertrag in Anwendung kommt, ist bei der Vielgestaltigkeit der vorkommenden Arbeitsleistungen oft nicht leicht. Insbesondere ist dies der Fall bei der Unterscheidung, ob Werk- oder Dienstvertrag vorliegt.

1. Werkvertrag und Dienstvertrag.

Das Gesetz hat weder den Werkvertrag noch den Dienstvertrag begrifflich festgelegt. Es hat lediglich die sich aus dem einzelnen Vertragstyp ergebenden Verpflichtungen bestimmt. So stellt sich nach der Fassung des Gesetzes der Dienstvertrag als ein Vertrag dar, durch den sich der eine Teil verpflichtet Dienste zu tun, das heißt eine Tätigkeit oder die Arbeit selbst, gegen eine Vergütung irgendwelcher Art von seiten des andern Teils. Dagegen bestimmt sich der Werkvertrag als ein Vertrag, in dem der eine Teil sich zur Herstellung eines durch Arbeitsleistung herbeizuführenden Erfolges verpflichtet, und der andere Teil zur Entrichtung einer Vergütung. Die Unterscheidung wäre demnach dahin zu

---

14) Lotmar, Arb. V, I, S. 32.

15) So zum Beispiel der Kommissions- der Speditions- der Maklervertrag; s. auch Seemannsordnung, Binnenschiffahrtsgesetz, Flößereigeset, R.Gew.O. §§ 105 ff.

treffen, daß beim Dienstvertrag lediglich eine Tätigkeit, die Arbeit selbst, geschuldet wird, beim Werkvertrag dagegen deren Erfolg, die fertige Arbeit, der Effekt.

Die Abgrenzung scheint leicht und klar zu sein. In der Praxis bringt sie jedoch vielfach Schwierigkeiten, unter anderem, weil in vielen Fällen oft nicht ohne weiteres ersichtlich ist, ob nur die Dienstleistung als solche oder das Resultat, das Arbeitsprodukt direkt ohne Rücksicht auf das Maß der geleisteten Arbeit geschuldet ist. Ferner wird die Entscheidung oft erschwert durch die Tatsache, daß die Erscheinungen von Arbeit und Erfolg sowohl dem Werkvertrag als auch dem Dienstvertrag angehören. Denn auch die den Gegenstand eines Dienstvertrages bildende Arbeit führt gemeinhin zu irgendeinem Erfolg; und umgekehrt ist der beim Werkvertrag angestrebte Erfolg notwendig durch irgendeine Art körperlicher oder geistiger Arbeit bedingt[16]).

In der Literatur hat man denn nach weiteren abgrenzenden Merkmalen gesucht. So will Cosack[17]) in der Interessenlagerung ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal finden[18]). Rümelin[19]) dagegen betrachtet als maßgeblich und entscheidend lediglich das Moment der Gefahrtragung[20]). Demgegenüber will Lotmar[21]) in dem Entgeltverhältnis ein maßgebliches Kriterium erblicken. Ihm folgt auch in gewisser Hinsicht Staudinger[22]). Andere[23]) wieder wollen es auf die sozialen Verhältnisse der Vertragsparteien abstellen, auf die mehr oder weniger große Selbständigkeit des Arbeitnehmers[24]).

Für eine eingehende Kritik dieser einzelnen Auffassungen ist im Rahmen dieser Arbeit kein Raum. Abschließend kann nur festgestellt werden, daß es nicht möglich ist, bestimmte äußere Merkmale anzugeben, die einen gegebenen Vertrag mit Gewißheit unter die

16) Staudinger Vorb. III, 1, a zu § 631 BGB; Planck Vorb. zu § 611 BGB. Bem. VIII, 2.
17) a. a. O. S. 524.
18) dagegen Riezler a. a. O. S. 42.
19) a. a. O. S. 16, 17.
20) Dagegen Planck § 611 VIII, 2; Riezler a. a. O. S. 44 Anm. 7 Lotmar II, S. 827—830.
21) a. a. O. Bd. 1, S. 328 ff.; Bd. 2, S. 7 ff., 824 ff., 862 f.
22) Vorb. § 611 IV. 1 a; dagegen Ennecc.-Lehm. § 14, I, 1 b.
23) Vgl. Rosin, Stadthagen, zit. nach Rümelin a. a. O. S. 32.
24) s. Riezler a. a. O. S. 45, 46; Rümelin a. a. O. S. 31 ff.; Planck Vorb. VIII zu § 611.

Normen des Werkvertrags oder des Dienstvertrags zwingen. Vielmehr kann im einzelnen Fall nur unter Würdigung aller Umstände eine Entscheidung getroffen werden, welcher Vertragstyp vorliegt[25]).

2. Werkvertrag und Auftrag.

Von weniger großer Schwierigkeit als bei den vorhergehend behandelten Vertragstypen ist die Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Auftrag. Hier genügt der Hinweis, daß letzterer unentgeltlich ausgeführt wird, während bei ersterem die Vergütung als Parteivereinbarung wesentlich ist[26]).

3. Werkvertrag und Kauf.

Die Unterscheidung, ob im gegebenen Fall ein Werkvertrag oder ein Kaufvertrag vorliegt, ist oft nicht leicht. Denn beide Vertragsarten gehen nicht selten ineinander über oder berühren sich doch äußerst nahe. Planck[27]) findet das unterscheidende Merkmal darin, daß Gegenstand des Werkvertrages das Werk sei als Erzeugnis von Arbeit, während es sich bei dem Kaufvertrage um die Lieferung einer Sache handele. Im Zweifel müsse entscheidend sein, ob die Arbeit oder die Lieferung die Hauptsache sei. Riezler[28]) kommt wohl dem Kern der Sache näher, wenn er sagt: „Der Kaufvertrag wird in der Regel über bereits vorhandene fertige Waren abgeschlossen, von deren Beschaffenheit sich der Käufer bereits überzeugen kann; der Werkvertrag ist im Gegensatz darauf gerichtet, daß ein noch nicht existierendes Produkt erst geschaffen oder ein bereits existierendes in eine neue Form gebracht werden soll."

Alles in allem kann daher gesagt werden, daß da, wo das Element des Stoffes überwiegt, ein Kaufvertrag vorliegt, während da, wo die Arbeitsleistung in den Vordergrund tritt, ein Werkvertrag gegeben ist[29]).

---

25) So Planck vor § 611 Bem. VIII; im Ergebnis auch Lotmar a. a. O. II S. 826; Ennecc. a. a. O. § 365 Anm. 3.
26) Oertmann, a. a. O. 5. Auflage vor § 631, 2 a.
27) Vor § 631 Anm. 2.
28) a. a. O. S. 54.
29) a. a. O. S. 55.

III. Teil.

Die werkvertraglichen Gefahrtragungsregeln.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Gefahrtragung beim Werkvertrag in Abweichung von den allgemeinen Bestimmungen einer besonderen Regelung unterworfen. Es ist dies eine Erscheinung, die nicht bloß beim Werkvertrag anzutreffen ist. Man findet sie überall, wo die Eigenart des Vertrages eine besondere Regelung verlangt. Die besondere Regelung hat aber nicht etwa die Bedeutung, daß die allgemeinen Vorschriften ausgeschaltet seien, diese können vielmehr zur Ergänzung der besonderen Bestimmungen herangezogen werden[30]).

1. Die Grundsatzregelung nach § 644 BGB.

Grundsätzlich bestimmt für die Gefahrtragung beim Werkvertrag § 644 Satz 1 BGB: „Der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes". Hier ist zunächst die Frage: „Welche Gefahr hat der Unternehmer zu tragen?" Heißt das, daß er bloß die Gefahr des Werkes selbst oder bedeutet das, daß er jegliche Gefahr, insbesondere auch die der Herstellung zu tragen hat?

Die herrschende Lehre vertritt den engeren Standpunkt. Nach ihr soll sich der § 644 BGB. lediglich mit der Frage befassen, welche Wirkung der zufällige Untergang oder die zufällige Verschlechterung des ganz oder teilweise hergestellten Werkes auf den Lohnanspruch des Unternehmers ausübt. Nicht dagegen, wie sich die Unmöglichkeit der Herstellung auf die vereinbarte Vergütung auswirkt. Für diese Frage seien vielmehr die allgemeinen Bestimmungen über die Unmöglichkeit in Betracht zu ziehen[31]).

Diese Auffassung ist jedoch nicht richtig. Schon das Wesen des Werkvertrages widerspricht dieser Meinung. Es verpflichtet sich beim Werkvertrag der Unternehmer gegen Vergütung zur Herstel-

30) So Planck, Vorb. zu § 644 BGB; Staudinger II, 1, zu § 644 BGB; Oertmann Anm. 1 zu § 644 BGB; Meyer a. a. O. S. 23.

31) So Oertmann Vorb. zu § 644 BGB; ebenda Staudinger; Planck läßt eine klare Stellungnahme vermissen und nimmt an, daß § 644 I BGB sich grundsätzlich decken und Kisch (a. a. O. S. 69) betont, daß neben § 644 BGB in verschiedener Richtung § 323 Bedeutung behalte, insbes. für immaterielle Werke und teilweise Unmöglichkeit.

lung eines Werkes. Eine Erfüllung Zug um Zug, wie es bei gegenseitigen Verträgen als Regel vorgeschrieben ist, ist schlechthin nicht möglich. Der Unternehmer hat vielmehr vorzuleisten. Er muß zunächst das Werk herstellen, und die Vergütung für das hergestellte Werk ist erst nach dessen Vollendung bei der Abnahme zu entrichten. Es wäre hierbei unverständlich, wenn der Gesetzgeber bei der Regelung der Gefahrtragung nur einen Teil der Gefahren unter die Sonderregeln hätte fassen wollen. Dem entspricht aber auch nicht der Wortlaut des Gesetzes. Der § 644 heißt ja nicht: Der Unternehmer trägt die Gefahr des Werkes bis zur Abnahme, sondern: der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes.

Aber auch die Berücksichtigung des § 645 BGB. läßt erkennen, daß in § 644 BGB. nicht bloß an die Gefahr des ganz oder teilweise vollendeten Werkes gedacht ist. Dort ist nämlich neben dem Untergang und der Verschlechterung auch die Unausführbarkeit des Werkes als ein Fall der Gefahrtragung genannt. Demnach muß angenommen werden, daß auch in § 644 BGB. der Fall der Unausführbarkeit in Rücksicht gezogen ist[32]).

Der Hinweis der herrschenden Lehre auf die Motive[33]), in denen als Kern der zu gebenden Gesetzesvorschrift in ihrem allgemeinen Sinne die Frage bezeichnet wird, „ob der Unternehmer oder der Besteller die Gefahr zu tragen hat, wenn das Werk vor dessen Vollendung oder zwar nach der Vollendung aber vor erfolgter Abnahme, zufällig untergegangen oder verschlechtert worden ist", ist demgegenüber nicht maßgeblich, die einschränkende Auffassung zu rechtfertigen. Dies insbesondere, wenn man den Entwurf zum BGB. in Verbindung mit den Protokollen in Rücksicht zieht. Im Entwurf I heißt es in § 576, der dem heutigen § 644 entspricht: „Der Übernehmer trägt bis zur Abnahme des Werkes die Gefahr, insbesondere die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung des Werkes." Aus dieser Fassung muß jedenfalls entnommen werden, daß die Verfasser nicht lediglich die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung des Werkes sondern auch andere Gefahren durch ihn erfassen wollten.

32) Meyer a. a. O. S. 22.
33) II S. 497.

Nun berichten aber die Protokolle[34]), daß durch die Neufassung, in die Form unseres heutigen § 644 BGB., sachlich nichts geändert sei. Das bedeutet aber, daß sich auch die Vorschrift des § 644 BGB nicht lediglich auf die Gefahr bezieht, welche den Gegenstand der Herstellung, das ganz oder teilweise hergestellte Werk, trifft, sondern auf jede Gefahr, insbesondere auch die der Herstellung selbst[35]).

Trotzdem bleiben im Bereiche des Werkvertrages neben den besonderen Bestimmungen über die Gefahrtragung auch die allgemeinen Vorschriften noch von Bedeutung. Sie kommen insbesondere in Frage für die Beurteilung der Höhe und Art der Ersatzleistungen, sowie auch für die Frage der teilweisen Unmöglichkeit[36]).

2. Der Gefahrübergang.

a) bei abnahmefähigen Werken.

Grundsätzlich findet die Gefahrtragung des Unternehmers ihr zeitliches Ende mit der Abnahme des Werkes. § 644 I, 1 BGB. Eine eindeutige Festlegung dieses Begriffes läßt das Gesetz vermissen. Ebenso ist auch aus den Quellen eine klare Begriffsbestimmung nicht zu ermitteln. In der Wissenschaft sind daher die widersprechendsten Ansichten vertreten. In der Hauptsache stehen sich drei Meinungen gegenüber.

Die eine will unter Abnahme bloß die tatsächliche Überführung des vollendeten Werkes an den Besteller verstehen[37]).

Nach anderer Ansicht enthält die Abnahme ein doppeltes. Einerseits die reale Übernahme des Gegenstandes, in welchem sich das Werk verkörpert und andererseits eine die Billigung enthaltene Willenserklärung, daß der Gegenstand als das geschuldete Werk anerkannt wird[38]).

In naher Beziehung zu dieser Auffassung steht die dritte Meinung. Sie betrachtet die Abnahme als Erfüllung im Sinne des § 363 BGB.

---

34) II S. 329: „Der Antrag stimmt sachlich mit dem Entwurf überein."
35) Goldm.-Lil. § 172, 173, 176 a. a. O.
36) Meyer a. a. O. S. 22.
37) Dernburg II § 318, II; Lotmar II S. 844 ff.; Titze 299.
38) Crome § 266 Nr. 1, b; Riezler a. a. O. S. 135; Rümelin a. a. O. S. 214 ff.

Die erste Auffassung findet anscheinend eine Stütze in den Quellen und der Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuches. In der zweiten Kommission wurde von einer Seite die Ansicht vertreten, daß dem Besteller eine Abnahmepflicht nur in der Weise, wie dem Käufer — also eine körperliche Hinnahme — auferlegt werden dürfte. Die gleiche Auffassung kommt auch in den Motiven zum Entwurf I, § 572, der in Satz 1 und 2 mit dem jetzigen § 640 übereinstimmende Vorschriften enthält, zum Ausdruck.

Für diese Ansicht sprechen an sich auch gute praktische Gründe. Es ist zu bedenken, daß der Unternehmer mit der Ablieferung des Werkes, sofern es vertragsmäßig ist, seine Verpflichtung voll und ganz erfüllt hat. Würde die Abnahme — wie beim Kauf — gleichbedeutend sein mit der tatsächlichen Überführung in den Machtbereich des Bestellers, so würde sogleich sein Anspruch auf die Gegenleistung fällig werden. (§ 641 Satz 1 BGB.) Andererseits würde im gleichen Moment auch die Gefahr übergehen, ein Umstand, der bei Berücksichtigung dessen, daß der Unternehmer von nun an für die Abwendung irgendeines Unfalles nichts mehr tun kann, nicht ungerechtfertigt scheint.

Trotzdem dürfte diese Meinung unrichtig sein. Sie bringt wohl dem Unternehmer in gewisser Hinsicht Vergünstigungen, im ganzen betrachtet wird sie aber dem Wesen des Werkvertrages nicht gerecht. Die Sachlage ist hier eine ganz andere als beim Kauf. Die Verpflichtungen des Verkäufers sind wesensverschieden von denen des Unternehmers und damit auch die durch die Abnahme zu befriedigenden Interessen. Beim Kauf handelt es sich bloß um die Abnahme einer gekauften Sache, beim Werkvertrag dagegen um die Abnahme eines hergestellten Werkes. Hier spielt die vertragsmäßige Herstellung eine Rolle, und es ist wichtig, daß diese alsbald festgestellt wird. Daran ist sowohl der Besteller als auch der Unternehmer interessiert. Der Besteller, weil er nur für ein vertragsmäßig hergestelltes Werk das vereinbarte Entgelt zu erbringen braucht und will, der Unternehmer, weil er bloß zur vertragsmäßigen Herstellung des Werkes verpflichtet ist.

Man denke aber an den Fall, daß das Werk nach der Übergabe durch Zufall untergeht. Wenn unter Abgabe lediglich die tatsäch-

liche Übernahme zu verstehen wäre, müßte der Besteller selbst für ein nichtvertragsmäßig hergestelltes Werk den Lohn bezahlen, wenn die Nichtvertragsmäßigkeit nicht erwiesen werden kann. Das stände jedoch im Widerspruch zu § 633 BGB., der dem Besteller die Verpflichtung auferlegt, bloß für ein vertragsmäßiges Werk die vereinbarte Vergütung zu entrichten.

Umgekehrt könnte der Unternehmer, solange die vertragsmäßige Herstellung des Werkes nicht festgestellt ist, noch lange nach der Übergabe des Werkes zur Beseitigung von Mängeln in Anspruch genommen werden, die erst nach der Hinnahme entstanden sind und ihm nur deshalb zur Last fallen, weil er den Nachweis der vertragsgemäßen Lieferung nicht mehr erbringen kann. Der Unternehmer würde somit mehr leisten müssen, als wozu er sich vertraglich verpflichtet hat und ihm das Gesetz auferlegen wollte. Davor sichert ihn aber gerade die alsbaldige Feststellung, daß das Werk richtig und ordentlich hergestellt ist, was zu beweisen auch leichter sogleich möglich ist, als später, wenn schon andere Umstände dazwischengetreten sind.

Abzulehnen ist aber auch die Meinung, die neben der tatsächlichen Hinnahme noch eine Billigung des Werkes verlangt. In vielen Fällen ist es oft überhaupt nicht möglich, sogleich festzustellen, ob das Werk entsprechend der vertraglichen Vereinbarung hergestellt ist. Wer seine vorausgehende Uhr zur Reparatur gegeben hat wird nicht gleich bei der Übergabe in der Lage sein, zu erkennen, ob dem Übelstande abgeholfen ist oder nicht. Darüber hinaus ist diese Auffassung aber auch mit der geschichtlichen Entwicklung sowie mit den gesetzlichen Bestimmungen über den Werkvertrag nicht zu vereinbaren. Würde die Billigung zur Abnahme gehören, so wäre zunächst § 640 II BGB unverständlich. Denn wer ein mangelhaftes Werk in Kenntnis der Mangelhaftigkeit billigt, verzichtet damit gleichzeitig auf die Mängelansprüche. Die Vorschrift des § 640 II BGB. würde sich daher selbst widersprechen. Eben weil der Tatbestand der Abnahme eine Billigung nicht enthält, bedarf es für den, der in Kenntnis der Mangelhaftigkeit abnimmt und dadurch zur Vermutung Anlaß gibt, auf sein Rügerecht verzichten zu wollen, eines Vorbehaltes. Es wären weiterhin auch die Bestimmungen über die Verjährung vollkommen unverständlich. Die Bil-

ligung würde nicht — wie § 638 BGB es will — die Verjährung der Mängelansprüche beginnen lassen, sondern ihnen vielmehr die Grundlage nehmen.

Richtig ist lediglich, daß unter Abnahme eine Annahme als Erfüllung im Sinne des § 363 BGB. zu verstehen ist. Das bedeutet einerseits nicht, daß schon jede bloße Hinnahme der Leistung als Abnahme anzusehen sei. Andererseits ist es auch nicht notwendig, daß der Empfänger die Erfüllung als eine tadellose hinnimmt. Er braucht bloß die Leistung anzunehmen und dabei, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, durch sein Verhalten zu erkennen zu geben, daß er die Leistung im allgemeinen als Erfüllung gelten lasse[39]). Tatsächlich geschieht denn auch die Abnahme regelmäßig in diesem Sinne, und damit wird man auch der Auffassung des Lebens und den Bedürfnissen des Verkehrs am meisten gerecht.

Der Tatsache, daß der Ausdruck Abnahme beim Werkvertrag im anderen Sinne gebraucht ist als beim Kauf, steht auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes nicht entgegen. Zwar gehen die Motive anscheinend davon aus — wie es auch in der zweiten Kommission von einer Seite aus vertreten worden ist — daß die Abnahmepflicht des Bestellers in dem gleichen Sinne aufzufassen sei, wie die des Käufers. Dagegen hat aber die Mehrheit der zweiten Kommission den Standpunkt vertreten, daß der Abnahme beim Werkvertrag die Bedeutung der Annahme als Erfüllung zukommen solle, in dem Sinne und mit der Wirkung, wie sie der Annahme als Erfüllung in § 363 BGB. beigelegt seien. Man war darüber einverstanden, daß die verschiedene Bedeutung der Abnahme beim Kauf einerseits und beim Werkvertrag andererseits in der Gesetzgebung deutlich zum Ausdruck zu bringen sei. So spricht das Gesetz auch beim Kauf von der Verpflichtung, die „gekaufte Sache", beim Werkvertrag dagegen von der Verpflichtung, das „vertragsmäßig hergestellte Werk" abzunehmen. Die Redaktionskommission ist davon ausgegangen, daß, wenn in dem einen Fall von der Verpflichtung, die verkaufte Sache abzunehmen, im anderen Fall aber von der Verpflichtung, das vertragsmäßig hergestellte Werk

---

39) Staudinger § 640 Anm. 2; Ennecc. § 372 I, 1. RG. Bd. 57, S. 338 f.

abzunehmen, gesprochen werde, hierdurch die Verschiedenheit der beiden Fälle genügend gekennzeichnet sei[40]).

b) bei nichtabnahmefähigen Werken.

Der Grundsatz, daß die Gefahr mit der Abnahme übergeht, wird von § 646 BGB durchbrochen. Danach tritt bei denjenigen Werken, die nach ihrer Beschaffenheit eine Abnahme ausschließen, anstelle der Abnahme die Vollendung des Werkes. Welche Werke im einzelnen hierunter fallen, ist bestritten.

Die eine Meinung geht von dem Begriff der Abnahme aus und lehrt, daß die Abnahme ausgeschlossen sei, wenn nur eine ihrer Voraussetzungen, sei es die tatsächliche Hinnahme des Werkes oder die Annahme als Erfüllung, fehle. Hierzu gehörten zunächst alle Werke unkörperlicher Art und fernerhin diejenigen körperlichen Werke, die sich bereits im Besitz des Bestellers befänden, weil es hier an einer zu übernehmenden Sache fehle[41]).

Eine andere Meinung geht dahin, daß alle unkörperlichen Werke nicht abnahmefähig, während alle körperlichen Werke der Abnahme fähig seien[42]).

Beiden Ansichten ist gemein, daß alle unkörperlichen Werke der Abnahme nicht fähig sind. Die erste Meinung geht nur darüber noch hinaus und betrachtet als nicht abnahmefähig auch solche körperlichen Werke, bei denen eine Übernahme ausgeschlossen ist, weil sie sich bereits im Besitze des Bestellers befinden. Das ist jedenfalls unrichtig. Hiergegen spricht schon der Wortlaut des Gesetzes. Nach § 646 BGB. soll anstelle der Abnahme die Vollendung treten, wenn nach der „Beschaffenheit des Werkes" die Abnahme ausgeschlossen ist. Nicht also durch äußere Momente, wie es die Besitzverhältnisse sind, soll die Abnahmefähigkeit bestimmt werden, sondern durch die Beschaffenheit des Werkes, das heißt durch solche Momente, die dem Werk selbst anhaften. Jene Auffassung würde auch zu praktisch vollkommen unverständlichen Ergebnissen führen. Dieselbe Werkleistung würde in einem

40) Prot. II, S. 317.
41) Planck § 640 Bem. 1; Staudinger § 640; Kisch a. a. O. S. 70.
42) Oertmann zu § 640 Bem. 3; Riezler a. a. O. S. 137; Rümelin a. a. O. S. 215 ff.

Falle abnahmefähig sein, im andern nicht, je nachdem der Unternehmer den Gegenstand, an dem er die Werkleistung vollbringen soll, in seinen Besitz nimmt oder im Besitz des Bestellers beläßt. Es wäre ferner auch die Regel unbegreiflich, die den Unternehmer bei solchen Werken, welche er bei Herstellung in seinem Besitz hat, von der Beweislast bezüglich geheimer Mängel befreite, sie ihm aber beließe bei Werken, welche während der Herstellung im Besitz des Bestellers geblieben sind. Einen vernünftigen Grund würde die verschiedene Normierung der Beweislast je nach den Besitzverhältnissen jedenfalls nicht haben[43]).

Aber auch die andere Meinung, daß alle körperlichen Werke abnahmefähig, dagegen alle nichtkörperlichen Werke nichtabnahmefähig seien, ist nicht richtig[44]). Wäre der Trennungsstrich so klar zu ziehen, wie diese Meinung es will, dann wäre es unverständlich, daß der Gesetzgeber in § 646 BGB. nicht eindeutig festgelegt hat, daß bei unkörperlichen Werken anstelle der Abnahme die Vollendung treten solle. Daß der Gesetzgeber aber nicht von unkörperlichen Werken spricht, sondern die „Beschaffenheit des Werkes" als maßgeblich ansieht, läßt erkennen, daß die Unterscheidung nicht so einfach und präzise getroffen werden kann. In der Tat ist auch eine klare Trennungslinie überhaupt nicht zu ziehen. Die Beschaffenheit des einzelnen Werkes ist maßgeblich, und es ist von Fall zu Fall zu entscheiden, ob eine Abnahme möglich ist. Es kann sowohl ein körperliches Werk nicht abnahmefähig sein, als auch umgekehrt ein unkörperliches abnahmefähig. Entscheidend ist, ob für den Besteller die Möglichkeit einer Nachprüfung des Werkes besteht, wobei es wieder nicht auf die tatsächliche sondern auf die rechtliche Möglichkeit ankommt. Was tatsächlich möglich ist, braucht rechtlich noch nicht möglich sein. Hier entscheidet die Zumutbarkeit. So ist die Abnahme bei Reinigung von Kloaken oder Reparatur hoher Kirchtürme ausgeschlossen, weil nach der allgemeinen Lebensauffassung hier eine Nachprüfung nicht zumutbar und daher rechtlich nicht möglich ist. Andererseits kann wieder bei unkörperlichen Werken eine Abnahme möglich sein. So ist zum Beispiel ein Möbeltransport abnehmbar, das heißt, die Mö-

43) Oertmann § 640 Bem. 3; Kisch a. a. O. S. 70; Dochnahl a. a. O. S. 25.
44) Ennecc. § 372 I, 2, a. a. O.

bel werden nach einer vorausgegangenen oder auch unterlassenen Prüfung hingenommen mit der Erklärung, daß sie ordnungsgemäß an Ort und Stelle gebracht sind.

Mit dieser Auffassung wird man auch den Bedürfnissen des Verkehrs am meisten gerecht.

3. Die Ausnahmefälle von der grundsätzlichen Gefahrtragungsregel.

Der in den Bestimmungen des BGB. über die Gefahrtragung beim Werkvertrag an die Spitze gestellte Grundsatz, daß der Unternehmer die Gefahr trage bis zur Abnahme des Werkes, würde uneingeschränkt zu erheblichen Härten für den Unternehmer führen. Das Gesetz hat deshalb durch Ausnahmebestimmungen eine gewisse Erleichterung gebracht.

So ist in § 644 I, 2, BGB. festgelegt, daß die Gefahr auf den Besteller übergeht, wenn er in Verzug der Annahme kommt. Die Voraussetzungen hierfür ergeben sich aus den allgemeinen Bestimmungen. Vom Momente des Annahmeverzuges ab, hat der Unternehmer nur mehr für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu haften. (§ 300 BGB.) Jede Veränderung und jede Verschlechterung, die auf einen Zufall oder ein leicht fahrlässiges Verhalten des Unternehmers zurückzuführen sind, gehen zu Lasten des Bestellers. Er muß die vertragsmäßige Vergütung entrichten trotz der Mangelhaftigkeit der ihm dafür gebotenen Gegenleistung.

Einen besonderen Fall des Annahmeverzugs behandelt das Gesetz in § 642 BGB., wenn der Besteller eine bei der Herstellung des Werkes erforderliche Handlung unterläßt. Hier sind die Wirkungen des Annahmeverzuges gegenüber den allgemeinen Vorschriften noch erweitert. Es kann der Unternehmer nicht bloß Ersatz etwaiger Mehraufwendungen verlangen (§ 304 BGB.) sondern auch eine angemessene Entschädigung fordern, deren Betrag sich nach der Dauer des Verzuges und der Höhe der vereinbarten Vergütung bemißt. Allerdings ist in Abzug zu bringen, was der Unternehmer infolge des Verzuges an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann.

Seiner rechtlichen Natur nach handelt es sich bei diesem Anspruch nicht um eine vertragsmäßige Forderung auf die Vergütung;

es ist vielmehr eine ausnahmsweise zugebilligte Schadloshaltung für aufgeopferte Zeit und Arbeit des Unternehmers. Der Anspruch kann daher, wenn das Werk geleistet wird, auch neben dem Anspruch auf die Vergütung geltend gemacht werden.

Eine weitere Ausnahme von der Grundregel der Gefahrtragung beim Werkvertrag bringt das Gesetz in § 644 Absatz 2: „Versendet der Unternehmer das Werk auf Verlangen des Bestellers nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte, so finden die für den Kauf geltenden Vorschriften des § 477 entsprechende Anwendung." Danach geht die Gefahr auf den Besteller über, sobald der Unternehmer das Werk der zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat.

Eine solche Regelung war dem früheren, insbesondere dem römischen Rechte, fremd. Auch der Entwurf I hatte davon abgesehen. In den Motiven[45]) wird hierzu ausgeführt, daß der Übergang beim Kauf nach Maßgabe des § 447 sich aus der rechtsgeschichtlichen Entwicklung und der auf das geltende Recht zu nehmenden Rücksicht erkläre. Sie auf den Werkvertrag auszudehnen, sei umso bedenklicher, als die Abnahme des Werkes mindestens in vielen Fällen von größerer Bedeutung sei, als der Übergabe der gekauften Sache regelmäßig zukomme. Indessen hat die zweite Kommission die Übertragung der Vorschrift des § 447 auf den Werkvertrag für angemessen gehalten. Sie hat ihre Auffassung damit gerechtfertigt, daß die Hauptverbindlichkeit des Unternehmers auf Leistung am Erfüllungsort gerichtet sei. Dadurch, daß der Schuldner auf Verlangen des Gläubigers die Sorge für den Transport übernehme, willige er nicht in eine Erweiterung des Inhaltes der Hauptverbindlichkeit, sodaß diese nunmehr den Transport mit umfasse und der Bestimmungsort zum Erfüllungsort werde. Der Transport sei eine Angelegenheit des Gläubigers, und der Schuldner mache sich nur anheischig, denselben wie ein Beauftragter zu veranlassen. Während des Transportes müsse daher das Werk auf Gefahr des Bestellers gehen[46]).

Jedoch ist zu beachten, daß der Unternehmer auf Grund dieser Bestimmung Anspruch auf die vereinbarte Vergütung nur dann er-

45) II S. 499.
46) Prot. II S. 330 f.

heben kann, wenn das Werk bei der Absendung vertragsmäßig hergestellt war. Das ergibt sich ohne weiteres aus der Fassung des Gesetzes, wenn es sagt: „Versendet der Unternehmer das Werk." Hierunter kann nur das abredegemäße, korrekte Werk verstanden sein. Im Streitfalle hat daher der Unternehmer die Vertragsmäßigkeit des Werkes bei seiner Absendung zu beweisen.

Eine für den Unternehmer sehr wichtige Ausnahme von der Grundregel über die Gefahrtragung bringt der § 645 BGB. Diese Bestimmung kommt zur Anwendung, wenn das Werk vor der Abnahme entweder infolge eines Mangels des vom Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden ist.

Unter den von dem Besteller gelieferten Stoffen sind alle Sachen zu verstehen, aus denen oder mit deren Hilfe das Werk hergestellt werden soll. Gleichgültig ist dabei, ob es sich um eine bewegliche oder unbewegliche Sache handelt. Der Besteller trägt also bei Werken, die auf seinem Grund und Boden errichtet werden, die Gefahr, die sich aus der Bodenbeschaffenheit ergibt[47]).

Ob unter Stoffen auch die vom Besteller zur Herstellung des Werkes gelieferten Gerätschaften und Werkzeuge zu fassen sind, wird nicht einhellig beantwortet. Die Frage ist jedoch wohl zu bejahen. Es entspricht dies dem in § 645 BGB. zum Ausdruck gebrachten Veranlassungsprinzip, wonach kein Unterschied zu machen ist, zwischen Haupt- und Nebensachen oder Werkzeugen[48]).

Als Anweisung im Sinne des § 645 BGB. sind alle einseitigen Anordnungen seitens des Bestellers aufzufassen, wobei es gleichgültig ist, ob sie bereits bei Vertragsschluß oder erst nachher gegeben werden. Ob dabei den Besteller ein Verschulden trifft oder nicht, spielt keine Rolle. Das ergibt sich eindeutig aus § 645 Abs. 2 BGB., der hervorhebt, daß eine weitergehende Haftung des Bestellers wegen Verschuldens unberührt bleibt. Es gilt allgemein der Satz, daß für eigene Verkehrtheiten der Besteller einstehen muß[49]). Erforder-

47) Planck § 645 Bem. 2, Oertmann § 645 Bem. 1 a Dernburg II, 2 § 318 Anm. 10; Ennecc. § 373 Anm. 5.
48) Crome B.R. Bd. 2 S. 699.
49) Staudinger § 645, 1 b.

lich ist bloß, daß die Anweisung des Bestellers im Sinne des adäquaten Kausalzusammenhangs Grund und Ursache für den Eintritt des Schadens bildet[50]).

Der Unternehmer kann sich jedoch nicht auf § 645 BGB. berufen, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt. Ein solches kann namentlich darin begründet liegen, daß er den Mangel des Stoffes oder die Gefährlichkeit der Anweisung kennt und dem Besteller davon keine Mitteilung macht, obwohl er weiß, daß dieser darüber in Unkenntnis ist. Zwar ist dem Unternehmer allgemein eine Prüfungspflicht nicht auferlegt. Das Gesetz hat absichtlich darüber nichts bestimmt. Wann sie ihm im einzelnen Falle obliegt, ist jeweils nach den besonderen Umständen und mit Rücksicht auf Treu und Glauben zu entscheiden[51]).

Liegen die Voraussetzungen des § 645 BGB. vor, so kann der Unternehmer einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht einbegriffenen Auslagen verlangen. Die rechtliche Natur dieses Vergütungsanspruches ist bestritten. Riezler[52] und Brandis[53]) sehen darin bloß einen Entschädigungsanspruch. Die herrschende Lehre dagegen vertritt mit Recht den Standpunkt, daß es sich dabei um eine teilweise Belastung des Bestellers mit der Gefahr handelt. Daß es nicht ein Entschädigungsanspruch sein kann, ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Gesetzestatbestandes im Vergleich mit § 642 BGB. Hier wird ausdrücklich von einer angemessenen Entschädigung gesprochen, während das Gesetz in § 645 BGB. von einem Teil der Vergütung spricht.

---

50) Staudinger § 645, Bem. 2 b.
51) Motive II S. 501 ff.
52) a. a. O. S. 147.
53) a. a. O. S. 36.

IV. Teil.

Die Gefahrtragung bei substratverbundenen Werken.

Von großer praktischer Bedeutung ist die Entscheidung, wie die Rechtslage ist, wenn der Unternehmer das Werk an oder mit einem Substrat[54]) zu errichten hat, welches der Besteller erbringen muß, und dieses Substrat durch Zufall untergeht oder derart verschlechtert wird, daß es zur Herstellung des Werkes unbrauchbar wird. In solchen Fällen, in denen die Verpflichtung zur Mitwirkung oftmals von gleicher Härte ist, wie der Verzicht auf die Herstellung des Werkes, entsteht die Frage, ob der Unternehmer oder der Besteller den Nachteil der Nichtmitwirkung tragen soll. Man könnte sowohl sagen, daß im Falle der Nichtwirkung die Herstellung des Werkes nicht möglich sei und daher von seiten des Unternehmers Unmöglichkeit der Leistung vorliege, als auch, daß der Besteller durch die Nichtvornahme seiner Mitwirkungshandlung in Annahmeverzug geriete, wenn der Unternehmer sich erbietet, das Werk herzustellen. Was ist richtig? Beide Meinungen sind in der Literatur vertreten. Die eine, die im folgenden kurz als Annahmeverzugstheorie bezeichnet wird, vertritt den Standpunkt, daß in solchen Fällen stets Annahmeverzug vorliege, während die andere, die als Unmöglichkeitstheorie bezeichnet werden soll, hier Unmöglichkeit der Leistung annimmt. Ob und inwieweit die eine oder die andere Theorie Berechtigung findet, soll im folgenden untersucht werden.

1. Die Annahmeverzugstheorie.

In der richtigen Erkenntnis, daß Annahmeverzug nicht möglich ist, wenn eine Unmöglichkeit der Leistung vorliegt[55]), geht die An-

54) Der Ausdruck stammt von Titze; vgl. Unmöglichkeit S. 24 ff.

55) a. A. Kohler im Arch. Bürg.R. Bd. 13 S. 200 f. 258 f. und Crome im Lehrbuch II 1 S. 149, Part. R. S. 185. Beide betrachten die Tatsache der Nichtannahme als das logische prius, nach dem allein die Rechtswirkungen zu beurteilen seien. Dagegen: Staudinger § 295 Bem. III 1, Planck § 295 Bem. 3; R.G. im Recht 1914 Nr. 2853.

nahmeverzugstheorie zur Begründung ihrer Lehre von dem Begriff der Leistung aus. Sie lehrt, daß Leistung als Leistungstätigkeit oder Leistungshandlung aufzufassen sei und erkennt eine Unmöglichkeit der Leistung grundsätzlich nur dort an, wo der Schuldner außerstande ist, diese Leistungshandlung beziehungsweise Leistungstätigkeit zu erbringen.

Am klarsten ist diese Auffassung von Trautmann[56]) ausgesprochen. Nach ihm muß eine scharfe Trennung gemacht werden zwischen den Pflichten des Schuldners und denen des Gläubigers. Unmöglichkeit liege nur dann vor, wenn die dem Schuldner obliegende Leistung derart unmöglich sei, daß auch unter der Voraussetzung der vertragsmäßigen Mitwirkung des Gläubigers eine Erfüllung ausgeschlossen sei. Dagegen sei Annahmeverzug dann gegeben, wenn dem Schuldner die Bewirkung der Leistung unter der Voraussetzung, daß auch der Gläubiger das Seinige zur Vertragserfüllung beitrüge, möglich sei, und er die in diesem Sinne mögliche Leistung dem Gläubiger ordnungsgemäß aber vergeblich angeboten habe. Denn nur die zur Erfüllung notwendigen Handlungen seien die Schuldnerleistung und solange der Schuldner das, was er zur Erfüllung beizutragen habe, zu tun fähig und gewillt sei, sei seine Leistung möglich.

Seine Ansicht sucht Trautmann aus dem Gesetz zu begründen. Er meint, § 294 BGB., in dem es heißt: „Die Leistung muß dem Gläubiger so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten werden", müsse so verstanden werden, als ob es dort hieße: die Leistung müsse „nur so", wie sie zu bewirken ist, angeboten werden. Daraus leitet er her, daß die Leistung, von der § 294 BGB. spricht, lediglich die Tätigkeit sei, zu der sich der Schuldner verpflichtet habe[57]).

Ohne nähere Begründung seiner Auffassung vertritt Krückmann[58]) den Standpunkt, Unmöglichkeit der Leistung sei Unmöglichkeit der Leistungshandlung. Um festzustellen, ob Annahmeverzug oder Unmöglichkeit vorliege, sei zu fragen: „Verfügt der Schuldner über die Kräfte, die nötig sind, um die versprochene Änderung in der Außenwelt zu bewirken?" Habe der Schuldner diese Kraft, so sei

56) Gruch. Beitr. Bd. 59 S. 450, 460 f.
57) Trautmann a. a. O. S. 455 f.

die Leistung möglich und daher Raum für Annahmeverzug gegeben.

Von einem anderen Gesichtspunkt aus betrachtet, kommt Oertmann[59]) zu demselben Ergebnis. Oertmann stellt es auf die Betriebskreise ab und lehrt, bei der Frage, ob Unmöglichkeit der Leistung vorliege, seien alle primär beim Gläubiger eingetretenen Hinderungsgründe wegzudenken. Die Unmöglichkeit der Leistung, die den Schuldner befreie, den Gläubiger aufhören ließe, Gläubiger zu sein, könne sich nur auf die Vornahme der dazu dienlichen Leistungshandlungen beziehen. Alle in dem Einwirkungs- und Interessenbereich des Gläubigers begründeten Hindernisse könnten dem Eintritt des Annahmeverzuges nichts schaden[60]).

2. Die Unmöglichkeitstheorie.

Ebenso wie die Annahmeverzugstheorie stellt es auch die Unmöglichkeitstheorie im wesentlichen auf den Begriff der Leistung ab. Während jene Leistung als Leistungstätigkeit auffaßt, sieht diese in dem Begriff Leistung mehr den Leistungserfolg. Wenn auch hier — ebenso wie bei der Annahmeverzugstheorie — die einzelnen Vertreter in ihren Gedankengängen und Begründungen verschieden sind, so stimmen sie im wesentlichen doch darin überein, daß Unmöglichkeit grundsätzlich auch dann vorliegt, wenn der Schuldner zur Bewirkung der Leistungstätigkeit zwar an sich noch imstande, dem Gläubiger aber die Mitwirkung unmöglich ist.

Titze[61]) geht davon aus, daß ein Tätigwerden — im Gegensatz zum Unterlassen — ein zweifaches voraussetze, ein mit den nötigen Eigenschaften ausgerüstetes Wesen, welches tätig werden soll und ferner ein Stück der Außenwelt, auf welches sich die Tätigkeit des Verpflichteten bezieht. Das letztere Erfordernis, das sowohl ein Gegenstand sein kann als auch eine Räumlichkeit oder aber auch die Person des Gläubigers selbst, nennt er das Substrat der Tätigkeit des Schuldners. Beides, so lehrt nun Titze, die Tätigkeit des Schuldners selbst und das Substrat der Tätigkeit, seien gleich-

58) Lpz. Z. 1926 S. 16.
59) Arch. Ziv. Praxis Bd. 116 S. 1 ff.
60) Oertmann a. a. O. S. 20 f., 31.
61) Unmöglichkeit S. 24.

wertige Voraussetzungen. Falle eines dieser Erfordernisse weg, so liege Unmöglichkeit der Leistung vor, da die Bewirkung der Leistung — das heißt die Herbeiführung des Leistungserfolges — alsdann nicht möglich sei. Hier von einer an sich möglichen Leistung zu sprechen, betrachtet Titze als ein Verstoß gegen die Denkgesetze. Nur dort, wo das Substrat für die vom Schuldner zu entwickelnde Tätigkeit noch existiert, sodaß, wenn es auch im konkreten Falle der Gläubiger nicht zu beschaffen vermag, doch immer noch die abstrakte Möglichkeit der Leistung besteht, soll eine mögliche Leistung vorliegen und daher Raum für Annahmeverzug gegeben sein[62]).

Ähnlich wie Titze entscheidet sich auch Kisch[63]), der Unmöglichkeit annimmt im Falle einer absolut unmöglichen Beteiligung des Gläubigers, das heißt, wenn niemand mehr imstande ist, die Voraussetzungen für die Erfüllung herzustellen. Annahmeverzug soll dagegen dann eintreten, wenn der Gläubiger lediglich außerstande ist, die an sich mögliche Leistung anzunehmen[64]).

Lotmar[65]) steht auch grundsätzlich auf dem Standpunkt, daß da, wo entweder die Leistungshandlung oder aber das Substrat, auf die sich die Leistungshandlung bezieht, in Wegfall kommt, Unmöglichkeit der Leistung vorliegt. Nur dann will er eine Ausnahme machen und Annahmeverzug gelten lassen, wenn der Gläubiger das Angebot der möglichen Leistung aus eigenem freien Willensentschluß ablehnt. Wenn der Gläubiger nicht freiwillig ablehnt, liegt nach ihm Unmöglichkeit vor. Dieses Ergebnis sucht Lotmar damit zu stützen, daß er die Worte „nicht annimmt" in § 293 BGB. nicht als „faktische Nichtannahme" "sondern als Ablehnung der angebotenen Leistung auslegt.

---

62) Titze, Unmöglichkeit S. 24, 25, 27. Diese strenge Unmöglichkeitstheorie verläßt Titze in seiner Abhandlung „Zur Risikofrage im Arbeitsverhältnis" in der J.W. 1922 S. 548 ff., wo er auf Grund der beinahe wörtlich übernommenen Trautmannschen Definition dazu kommt, in den meisten Fällen Annahmeverzug zu bejahen (a. a. O. S. 549) aber er schränkt dieses Ergebnis auf S. 551 a. a. O. wieder ein, indem er auf die Vertragsausslegung hinweist und sagt, daß nur da Annahmeverzug gegeben sei, wo der Gläubiger es an den Mitwirkungshandlungen fehlen lasse, die zu erbringen nach der Anschauung des Verkehrs seine Sache sei. Vgl. dens. auch im „Recht der Schuldverhältnisse S. 63—67.

63) a. a. O. S. 80.

64) So auch Staudinger und Oertmann in der 3. und 4. Auflage.

65) a. a. O. II S. 280 ff.

Planck[66]) dagegen kommt durch Auslegung des Vertrages nach allgemeinen Grundsätzen und indem er behauptet, „daß nach regelmäßiger Lebensauffassung der Dienstverpflichtete von vornherein die Arbeit nur in einer besonderen Form versprochen hat", dazu, die Unmöglichkeit der Schuldnerleistung zu bejahen, falls das individualisierte Arbeitsobjekt untergeht oder untauglich wird[67]).

3. Kritik.

Im folgenden soll nun weniger eine Kritik an den Lehren der einzelnen Vertreter der verschiedenen Theorien geübt werden[68]), es sollen vielmehr die diesen Theorien gemeinsamen Merkmale aufgedeckt und festgestellt werden, ob und inwieweit die eine oder die andere gerechtfertigt ist. Es wird sich dabei zeigen, daß in den hier in Frage stehenden Fällen sowohl Annahmeverzug als auch Unmöglichkeit der Leistung am Platze sein kann, daß sowohl die Annahmeverzugstheorie als auch die Unmöglichkeitstheorie Daseinsberechtigung haben, allerdings nicht in der Form und in dem Maße, wie sie es für sich beanspruchen.

Beide Theorien wollen die Fälle erfassen, in denen

1. die schuldnerische Leistung in einer Tätigkeit besteht, die
2. nur ausgeübt werden kann an oder mit einem von dem Gläubiger zu erstellenden Substrat[69]), und dieses Substrat zufällig unmöglich wird.

Es ist nun auffallend, daß beinahe sämtliche Vertreter der Annahmeverzugstheorie vom Dienstvertrage ausgehen, während die Anhänger der Unmöglichkeitstheorie in der Regel den Werkvertrag zum Ausgangspunkt ihrer Lehre nehmen, und daß beide Theorien in einer das gewöhnliche Maß übersteigenden Weise ihre

66) Planck II 2 S. 978 und II 1 S. 295.

67) Ennecc. kommt gerade zum umgekehrten Ergebnis, das heißt, er läßt Annahmeverzug eintreten, indem er annimmt, daß in der Regel eine nicht individuelle Arbeit geleistet werden soll. (a. a. O. § 280.)

68) Solche Kritiken finden sich bei: Kisch, Bespr. v. Titze Kr. V. I. Schr. 44, 506; ders. Bespr. v. Kleineidam, Grünh. Z. 29, I, S. 311; Titze Bespr. v. Kisch, Kr. V. I. Schr. 45 S. 338; Oertmann Lpz. Z. 1927 S. 1177; Kleineidam, Einige Streitfragen, Jherings Jahrb. 43 S. 105; Trautmann Unmöglichkeit, Gruchots Beitr. B. 59 S. 439—450.

69) Das kann jegliche Mitwirkungshandlung des Gläubigers sein, entweder seine Person selbst, auf welche der Schuldner einwirken oder aber auch ein Objekt, an dem er seine Tätigkeit entfalten soll.

theoretischen Aufführungen mit praktischen Beispielen belegen, die sie jeweilig aus dem einen oder anderen Vertragstyp entnehmen.

Beim Dienstvertrag handelt es sich nun darum, daß der Arbeiter die versprochenen Dienste leistet. Seine Verpflichtung besteht in einer Tätigkeit. In der Regel wird es sich nun dabei aber um eine reine Leistungstätigkeit handeln, die von keinerlei äußeren Umständen abhängig ist. Insoweit ist es daher verständlich, wenn gelehrt wird, Unmöglichkeit der Leistung könne nicht vorliegen, solange der Schuldner seinerseits imstande ist, diese nackte Leistungstätigkeit auszuüben.

Anders beim Werkvertrag. Hier ist nicht eine reine Tätigkeit versprochen, sondern eine erfolgbestimmte Arbeit. Es wird nicht die Arbeitsleistung, sondern der Arbeitserfolg geschuldet. Hier leuchtet ein, daß grundsätzlich, solange der Arbeitserfolg nicht möglich ist, von Annahmeverzug keine Rede sein kann.

Nach diesen Feststellungen ist es nicht verwunderlich, daß die Annahmeverzugstheorie vom Dienstvertrag und die Unmöglichkeitstheorie vom Werkvertrag ausgehen. An Hand von vielen zutreffenden Beispielen aus dem jeweils für sie passenden Vertragstyp fällt es nicht schwer, nachzuweisen, daß die Annahmeverzugstheorie beziehungsweise die Unmöglichkeitstheorie zu billigen Ergebnissen führt und daher die eine beziehungsweise die andere die richtige ist.

Der Fehler, dem beide Theorien verfallen sind, ist der, daß sie die Grenzen ihrer Anwendungsmöglichkeit nicht erkennen und ihre im einzelnen zutreffende Ansicht verallgemeinern, indem sie sie auf alle Fälle ausdehnen ohne Rücksicht darauf, wie der einzelne Fall gelagert ist und welchem Vertragstyp er angehört. Die Annahmeverzugstheorie betrachtet in den hier in Frage stehenden Fällen die Leistung stets als Leistungstätigkeit, während die Unmöglichkeitstheorie immer nur den Leistungserfolg im Auge hat. Eine solche eindeutige und allgemeingültige Prägung eines Leistungsbegriffes ist jedoch nicht möglich. Selbst wenn man mit Trautmann[70]) den § 294 BGB. auslegt, „nur so wie sie zu bewirken ist" — wozu an sich schon keine Veranlassung besteht —

70) Die übrigen Vertreter lassen eine klare Beweisführung und Begründung ihrer Ansichten vermissen.

kann dennoch seine Folgerung, daß demnach das Gesetz mit Leistung nur Leistungstätigkeit meine, nicht zwingend sein. Die Begriffe Leistungstätigkeit und Leistungserfolg sind bloß Unterbegriffe des Leistungsbegriffes im BGB. So ist zum Beispiel neben der Trautmannschen Theorie auch noch Raum für die Titzesche Lehre, daß es Leistungen gibt, die nur an einem bestimmten Substrat zu erbringen sind, die gedanklich gar nicht getrennt werden können, wo die Leistung ohne das Substrat unmöglich ist. So spricht denn auch das Gesetz weder von Leistungstätigkeit noch von Leistungserfolg sondern von Leistung schlechthin. Leistung ist eben ein mehrgestaltiger, individueller Begriff, der sich aus dem konkreten Fall ergibt. Leistung ist das, wozu sich der Schuldner verpflichtet hat.

Ehe demnach die Frage aufgeworfen werden kann, ob in einem Falle Annahmeverzug oder Unmöglichkeit vorliegt, ist stets zuvor zu untersuchen, um was für eine Leistung es sich handelt. Hierbei ist ein zweifaches Ergebnis möglich. Entweder es handelt sich um eine Tätigkeit, die derart unlöslich mit dem Substrat verbunden ist, daß mit Wegfall des Substrats auch die Tätigkeit unmöglich wird, oder es handelt sich um eine Leistung, bei welcher der Schuldner lediglich seine Tätigkeit versprochen hat, wobei allerdings eine bestimmte Mitwirkungshandlung des Gläubigers vorgesehen ist.

Ist die fragliche Leistung unter einen der beiden Leistungsbegriffe subsumiert, hat man auch entschieden, ob Unmöglichkeit oder Annahmeverzug vorliegt. Ergibt sich nämlich, daß es sich um eine substratverbundene Tätigkeit handelt, so ist mit Wegfall des Substrats die Leistung unmöglich. Führt dagegen die Untersuchung dahin, daß sich der Schuldner zu einer Tätigkeit, die nicht substratverbunden ist, verpflichtet hat, so ist trotz Wegfalls des Substrats die Leistung möglich, sodaß Annahmeverzug eintritt.

Wie schon gesagt, ist der Dienstvertrag das Hauptanwendungsgebiet der Annahmeverzugstheorie. Selbst wenn auch die Tätigkeit nur an einem bestimmten Objekt oder nur unter der persönlichen Mitwirkung des Vertragsgegners ausgeübt werden kann, so brauchen nach der allgemeinen Verkehrsauffassung beide Voraussetzungen doch nicht als derart gleichwertig angesehen werden, daß

von einer substratverbundenen Tätigkeit gesprochen werden müßte.

Umgekehrt beim Werkvertrag. Hier wird der Arbeitserfolg in den meisten Fällen ein ganz spezieller und so individuell auf das Substrat zugeschnitten sein, daß in der Regel das zu schaffende Werk nach allgemeinem Ermessen nur denkbar ist, wenn beide Voraussetzungen existent bleiben, sodaß wenn eine dieser Voraussetzungen wegfällt, die Leistung unmöglich ist. Notwendig ist das aber nicht.

Das Ergebnis dieser Untersuchung ist, daß beim Werkvertrag und beim Dienstvertrag sowohl substratverbundene als auch nichtsubstratverbundene Tätigkeit geschuldet, sodaß bei beiden Verträgen Annahmeverzug oder auch Unmöglichkeit gerechtfertigt sein kann.

Es könnte der Eindruck entstehen, als ob in dem Vorhergesagten die gewonnenen Leistungsbegriffe verallgemeinert worden seien. Das wäre aber derselbe Fehler, den die Theorien von Planck und Enneccerus aufweisen[71]).

Es sei daher nochmals darauf hingewiesen, daß in jedem einzelnen Fall zunächst festgestellt werden muß, zu welcher Leistung sich der Schuldner verpflichtet hat. Es kann sich dabei sehr wohl ergeben, daß nach dem Willen der Parteien oder nach der allgemeinen Auffassung des Lebens trotz Vorliegens eines Dienstvertrages substratverbundene, wie umgekehrt beim Werkvertrag, keine substratverbundene Tätigkeit geschuldet ist. Ist die Leistung substratverbunden, liegt Unmöglichkeit vor, ist sie nicht substratverbunden, dann Annahmeverzug.

71) Vgl. Anm. 67.